

DULCAMARA S.A. v. EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales simples. Interpretación de las leyes federales. Leyes federales en general.

Son normas de naturaleza federal, las contenidas en la ley 12.910 y los decretos 3772/64, 2875/75, 2348/76 y 1619/86.

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

Para que sea viable la adopción de una nueva metodología como la contemplada en el art. 1º del decreto 2875/75 resulta imprescindible que las distorsiones en los sistemas de liquidación de variaciones de costos incluidos en los contratos, provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que éstas sean, además, significativas, es decir, que posean una especial importancia.

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

Si la demandante no ha probado que la distorsión por ella denunciada haya sido consecuencia de hechos imprevisibles al momento de celebrarse el contrato, debe desestimarse su pretensión de que se le reconozcan diferencias en concepto de variación de costos, sin que resulte necesario ponderar si la distorsión invocada encuadra en la categoría de "significativa" exigida por el art. 1º del decreto 2875/75.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Si la contratista aceptó expresamente la fórmula de reajuste y plazos de pago contenida expresamente en las cláusulas contractuales, debe presumirse que, en la medida en que los pliegos se adecuaron a las exigencias de los decretos 2875/85 y 2348/76, calculó en sus precios las alteraciones que podrían suscitarse en el "precio del dinero" entre la presentación de los respectivos certificados y su correspondiente pago.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración, y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Son aplicables a los contratos administrativos las normas que rigen los contratos en el Código Civil, pues estas últimas son respecto de aquéllos, principios generales de los que no cabe apartarse (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

El procedimiento que regla la manifestación de la voluntad contractual administrativa, es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado. La fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante. En caso contrario, la oferta resultaría inadmisibles y cabría rechazarla, y la adjudicación que no respeta tales pautas estaría viciada de ilegitimidad (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La intangibilidad del acuerdo, sobre la base de la propuesta seleccionada, es la garantía insoslayable para que los oferentes no vean frustrado su derecho de participar en la licitación en igualdad de condición (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

El contrato administrativo queda subsumido en la definición contenida en el art. 1137 del Código Civil y se le aplican, en la medida que no sean incompatibles con sus características propias, las normas del Libro Segundo, Sección III, Título I, de dicho ordenamiento legal. (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La oferta, más la cláusula de reajuste, son el precio del trabajo, que pactado de tal forma representa para las partes un derecho de carácter patrimonial amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

El contrato administrativo constituye una ley para las partes, por lo cual no es válido pretender su modificación sobre la base de los resultados más equitativos que se obtendrían aplicando una fórmula de reajuste diferente a la convenida (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La ley de la licitación o ley del contrato está integrada por el pliego donde se especifican el

objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, y con las notas de aclaración o reserva aceptadas por las partes al perfeccionar el acuerdo. La falta de esa reserva obsta a que se alteren por vía jurisdiccional los términos del contrato (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

El desconocimiento de la metodología empleada por la comitente para la determinación de los índices de reajuste no es circunstancia suficiente para obtener un reconocimiento mayor que el originariamente convenido, pues tal aspecto pudo y debió subsanarse, si alguna duda tenía la contratista respecto del método empleado, mediante la oportuna consulta a la autoridad competente; máxime cuando, según práctica administrativa uniforme (art. 17 de la ley 13.064) le asistía el derecho de pedir las aclaraciones que estimase pertinentes (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

TEORIA DE LA IMPREVISION.

La lesión sobrevenida, producto de un hecho extraordinario e imprevisible, hace aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, considerada implícita en todo contrato, aún en los administrativos, por aplicación del art. 1198 del Código Civil (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

TEORIA DE LA IMPREVISION.

La doctrina de la imprevisión exige un grave desequilibrio de las contraprestaciones sobrevenido por efecto de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios posteriores al contrato (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

TEORIA DE LA IMPREVISION.

Es preciso que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

TEORIA DE LA IMPREVISION.

La teoría de la imprevisión no puede aplicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron, ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado: *pacta sunt servanda* (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Interpretación y aplicación.

Es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador,

computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el orden jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Ese propósito no puede ser obviado por los magistrados con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no deben prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Interpretación y aplicación.

La exégesis de la ley requiere de la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor formal de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

LEY: Intepretación y aplicación.

No siempre es recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; por lo que es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente han querido mandar (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

No puede aceptarse que el Estado, a través del contrato, se convierta en garante de un determinado nivel de renta del contratista (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

La contratista, al formular su propuesta, debe obrar con pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil) puesto que la magnitud de toda obra pública y de los intereses en ellas en juego, imponen actuar de modo de preveer cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en la ejecución de los trabajos, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exijan las circunstancias de persona, tiempo y lugar (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS.

Si la oferente incurrió en error en su previsión inflacionaria este provendría de una negligencia culpable que impide su invocación: art. 292 del Código Civil (Voto del Dr. Carlos. S. Fayt).

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de marzo de 1990.

Vistos los autos: “Dulcamara S.A. c/Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/cobro de pesos”.

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de fs. 554/564 que —al revocar parcialmente el fallo de primera instancia de fs. 510/513— rechazó, en su totalidad, la demanda instaurada por Dulcamara S.A. con el fin de obtener el reconocimiento de diferencias en concepto de variación de costos —por considerar que el índice utilizado resultaba irrepresentativo de la evolución de los valores en el mercado— y el mayor costo financiero presuntamente experimentado por ella con motivo de la exposición del capital a la inflación, la vencida interpuso el recurso extraordinario de fs. 567/594 que fue concedido en la medida en que en él se cuestiona la interpretación de normas de naturaleza federal, y denegado en tanto se funda en la pretendida arbitrariedad de la sentencia, lo que dio motivo a la queja que corre por cuerda.

2º) Que el recurso extraordinario interpuesto resulta formalmente procedente, toda vez que se encuentra controvertido en el *sub examine* el alcance de normas de naturaleza federal, como las contenidas en la ley 12.910 y los decretos 3772/64, 2875/85, 2348/76 y 1619/86 y el fallo definitivo del superior tribunal de la causa es contrario a las pretensiones que la recurrente sustenta en ellas (Fallos: 302: 1366, y L. 106.XXII. “Lo Iácono, Osvaldo José y otro c/Consejo Nacional de Educación Técnica”, del 13 de octubre de 1988).

3º) Que, en efecto, Dulcamara S.A. promovió la presente demanda —tendiente a obtener el resarcimiento correspondiente a los rubros ya mencionados— por considerar, en primer lugar, que el régimen de variación de costos originariamente pactado por las partes sobre la base del denominado “índice telefónico” no representaba adecuadamente la evolución de los valores en el mercado, razón por la cual debía elaborarse un nuevo sistema de reajuste de costos que tuviera en cuenta los insumos efectivamente empleados en la obra de acuerdo con lo previsto en el art. 3º, apartado c), del decreto 3772/64.

Solicitó, además, que se le reconociera el mayor costo financiero en que —a su entender— había incurrido por la exposición del capital a la inflación.

4º) Que, contestes ambas partes en que la actora conocía las cláusulas de variación de costos que regirían el contrato desde la presentación de su oferta, así

como que Dulcamara S.A. se sometió voluntariamente al régimen instituido sin formular reserva alguna, cabe determinar si —de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1º del decreto 2875/75— corresponde acceder a la pretensión de la demandante.

El citado decreto —cuya aplicación en el *sub lite* no ha sido discutida—, de fecha 10 de octubre de 1975, intentó solucionar las distorsiones sobrevinientes en los reajustes. Dictado en virtud de lo dispuesto por el artículo 6º de la ley 12.910, el decreto 2875/75 tuvo su origen —según lo expresan sus considerandos— “en la situación económica internacional y su repercusión en el mercado interno, unido al mayor poder adquisitivo registrado en sectores mayoritarios de la población” que produjeron “desajustes en la relación antes existente entre los diversos elementos que hacen a la composición e integración de los costos, así como también en circunstanciales desabastecimientos de diversos materiales de construcción en plaza”.

Estas situaciones motivaron la necesidad de modificar los métodos de liquidación de variaciones de costos adoptados contractualmente, dejándose a salvo “que tal procedimiento no afecta principios rectores en materia de licitación y contratación de obras, como son los que consagran la intangibilidad de los contratos y el respeto a la debida igualdad entre los oferentes, *ya que sólo tratan de evitar las consecuencias perniciosas de hechos sobrevinientes e imprevisibles*, imposibles de ser resueltos de acuerdo a lo pactado y frente a los cuales todos los proponentes se hubieran encontrado en idéntica situación”. Desde esa perspectiva, el legislador agregó que así se satisfacen “no sólo las disposiciones y finalidades de la ley 12.910, sino también las exigencias de una justicia conmutativa, de conformidad a lo prescripto por el art. 1198 del Código Civil, mejorando equitativamente los efectos del contrato por haberse tornado excesivamente onerosa la prestación de una de las partes a raíz de circunstancias imprevistas”.

El art. 1º del decreto 2875/75 dispuso, en consecuencia, que “las comisiones liquidadoras instituidas por el art. 3º del decreto 3772/64, en caso de comprobar distorsiones significativas en los sistemas de liquidación de variaciones de costos incluidos en los contratos de ejecución, deberán resolver, en base a antecedentes y conclusiones debidamente fundadas, la adopción de una nueva mecánica que se adecue a las condiciones existentes en el momento de la ejecución de los trabajos, reflejando equitativamente las verdaderas variaciones de costos producidas durante dicho período”.

De lo expuesto, cabe concluir que para que sea viable la adopción de una *nueva metodología* como la contemplada en el art. 1º antes citado —*no así para el reconocimiento de la variación de costos en sí*—, resulta imprescindible que las

distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que éstas sean, además, significativas, es decir, que posean una especial importancia, en tanto la conjunción de tales requisitos —coincidentes con los previstos en el art. 1198 del Código Civil— constituyen los presupuestos de hecho que hacen procedente la aplicación de la norma.

No obsta a ello lo dispuesto en los arts. 1º y 4º del decreto 2348/76, en tanto estas disposiciones se limitaron a “establecer en general las causas que provocaron la inequidad de los reconocimientos de las variaciones de costos, a fin de que la nueva mecánica permita efectuar las correcciones necesarias para alcanzar la finalidad perseguida por el decreto citado precedentemente (el 2875/75) y dejar también sentadas las bases, con arreglo a las cuales deban efectuarse las correspondientes liquidaciones de los contratos vigentes en la parte pendiente de ejecución” (consid. 4º del decreto 2348/76).

Desde esa óptica, y toda vez que la demandante no ha probado que la distorsión por ella denunciada haya sido consecuencia de hechos imprevisibles al momento de celebrarse el contrato, su pretensión al respecto debe ser desestimada, sin que resulte necesario ponderar si la distorsión invocada encuadra en la categoría de “significativa” exigida por la citada norma.

5º) Que igual solución se impone respecto a la pretensión de la actora a fin de que se le reconozca el mayor costo financiero derivado de la exposición del capital a la inflación. Tal solicitud se funda en que —según el contratista— el lapso transcurrido entre el momento de la inversión y la fecha de pago pactada generaría un mayor costo financiero indemnizable en tanto el adelanto de la inversión efectuada tiene un valor económico incluido en la oferta y equiparable al costo del dinero en el mercado.

En efecto, el decreto 1619/86 invocado por la actora no resulta de aplicación al caso, tal como lo reconoce expresamente ella a fs. 421 penúltimo párrafo, y fs. 584, punto b, segundo y tercer párrafo. Si a ello se suma que Dulcamara S.A. aceptó expresamente la fórmula de reajuste y plazos de pago contenidas expresamente en las cláusulas contractuales, debe presumirse que —en la medida en que los pliegos se adecuaron a las exigencias de los decretos 2875/75 y 2348/76— la contratista calculó en sus precios las alteraciones que podrían suscitarse en el “precio del dinero” entre la presentación de los respectivos certificados y su correspondiente pago.

A ello cabe agregar que —en tanto el reconocimiento de la variación de costos se efectuó de conformidad al procedimiento previsto en el decreto 2348/76— el costo financiero fue incluido en él, como tal percibido por la contratista, con sus

respectivos reajustes. El mayor reconocimiento pretendido llevaría, por el contrario a un resultado injusto en tanto importaría admitir —en el caso concreto— una doble utilidad para la contratista: la calculada al ofertar y un rendimiento adicional por la inmovilización del capital que —al encontrarse ya reconocida en el precio de la obra— no resulta posible aceptar.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT (*por su voto*) — JORGE ANTONIO BACQUÉ.

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

1º) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 554/564), al revocar parcialmente la sentencia dictada en la instancia anterior, rechazó la acción deducida en su totalidad, con costas en ambas instancias. Contra esa decisión la actora interpuso recurso extraordinario (fs. 567/594) que, contestado (fs. 596/608), fue concedido en la medida en que en él se cuestiona la interpretación de normas de naturaleza federal y denegado en tanto se funda en la pretendida arbitrariedad de la sentencia, lo que dio motivo a la queja que corre por cuerda.

2º) Que Dulcamara S.A. inició la presente demanda contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones con el fin de obtener la revisión del contrato de obra pública que unió a ambas partes y reclamó, en consecuencia, el cobro de la diferencia resultante de aplicar al régimen de variaciones de costos originariamente convenido, las modificaciones propuestas en los anexos agregados con el escrito inicial.

Sostuvo para ello que durante la ejecución de los trabajos, el régimen de variaciones de costos establecido se tornó manifiestamente irrepresentativo de la evolución de los valores en el mercado, tanto en lo que hacía a la fórmula de ajuste en sí misma como en lo que se refería a la depreciación de los importes abonados como consecuencia de la inflación.

Manifestó que la fórmula de variación de costos estipulada se basó en la evolución del índice “del costo de la construcción de un edificio telefónico tipo de Capital Federal”, comúnmente denominado “índice telefónico”, el cual es elaborado por ENTEL y cuya composición —según se afirma en el escrito de la demanda— no es comunicada por la empresa estatal a las contratistas. No obstante ello, la

actora expresó que comparó dicho indicador con otros representativos de aquellos insumos con mayor incidencia en la obra, arribando a la conclusión de que aquél era suficientemente demostrativo y adecuado en relación con las expectativas de evolución de los valores del *opus*.

Refirió que una vez que empezaron los trabajos la realidad desvirtuó la premisa enunciada, ya que los distintos índices de los insumos utilizados superaron al convencionalmente establecido. Para acreditar tal aserto tomó como parámetros de comparación los índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos “construcción para instalación sanitaria general”, “Mayoristas para derivados de petróleo” y el de la Cámara Argentina de la Construcción-UOCRA para la “mano de obra del oficial especializado”.

Afirmó que tales diferencias determinan que corresponda elaborar un nuevo sistema de reajuste de costos que tenga en cuenta la realidad de los insumos efectivamente empleados en la obra de acuerdo con lo previsto en el art. 3º, apartado c), del decreto 3772/64.

En cuanto a la depreciación monetaria del capital invertido por su exposición a la inflación, la demandante alegó que al ofertar tuvo en cuenta la incidencia de ese fenómeno durante el año anterior al momento de formular su propuesta, pero que a partir del comienzo de los trabajos, el ritmo de la depreciación monetaria se vio incrementado sustancialmente.

Fundó su pretensión en los arts. 1º del decreto 2875/75 —ratificado por ley 21.250— y 1º y 4º del decreto 2348/76 que, a su juicio, obligan a los comitentes de obras públicas a establecer una nueva mecánica de reconocimiento de variaciones de costos que se ajuste a las verdaderas oscilaciones producidas durante la realización de las tareas, cuando se compruebe que la contractual no es representativa de la realidad del mercado.

Por último, agregó que el art. 4º del decreto 2348/76 ordena reconocer los “gastos financieros” sufridos por las contratistas de obras públicas, lo que en el caso —a su criterio— se manifiesta por la mayor incidencia de la depreciación del capital invertido, por efecto del incremento de la tasa de inflación.

3º) Que la empresa demandada se opuso al progreso de la acción sobre la base de los siguientes argumentos:

a) respecto de la reformulación del índice de reajuste sostuvo que la contratista —que con anterioridad había efectuado la ampliación del edificio Río IV—

conocía el funcionamiento del "índice telefónico" y antes de la apertura de la licitación o de la firma del contrato no formuló pedido de aclaración o reserva alguna respecto de las "cláusulas de variación de precios", lo cual importó aceptación lisa y llana de aquéllas y obsta a su posterior impugnación.

Afirmó que la oferta más la cláusula de reajuste constituyeron el precio del trabajo, que pactado de tal forma, representa para la comitente un derecho de carácter patrimonial protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional; a lo que agregó que el cambio de la fórmula de variación de costos ocasionaría una lesión al principio de igualdad que debe presidir toda licitación con el consecuente perjuicio para los restantes oferentes.

Señaló que no se ha invocado la aparición de situaciones imprevisibles y sobrevinientes a la firma del contrato que hagan viable la solicitud efectuada.

Desde el punto de vista legal indicó la intempestividad del reclamo por haber sido efectuado con posterioridad al plazo de caducidad establecido en el decreto 3772/64.

Impugnó la pretensión de la actora de utilizar sólo dos rubros para confeccionar el nuevo índice que pretende que se le aplique y adjuntó gráficos tendientes a demostrar que el "índice telefónico" no sufrió distorsión alguna en los términos de los decretos 2875/75 y 2348/76. Estos últimos, señaló, no son aplicables para la cobertura de cualquier sobrecosto que tenga el contratista, pues si así fuera constituirían verdaderos seguros contra eventuales déficit de explotación, desapareciendo, en consecuencia, el riesgo empresario ínsito en toda actividad comercial.

Por último, planteó como defensa de fondo la falta de acción de la actora para promover el presente juicio pues si bien aquélla estaba habilitada para pedir la renegociación del contrato en sede administrativa, sólo podía requerir su cumplimiento o resolución en la instancia judicial.

b) en lo atinente a los mayores costos financieros pedidos expresó que, en realidad, la pretensión se dirige a proteger la integridad de la ganancia de la contratista, lo cual resulta inadmisibles porque la falta de previsión en el cálculo sólo se debe a su propia torpeza e impugnó los índices utilizados por aquélla para medir el *quantum* del perjuicio sufrido por esa razón.

4º) Que la Cámara, para resolver como lo hizo, tuvo en cuenta los siguientes motivos:

A.— Respecto de la pretensión de modificar el índice de reajuste:

a) la libre aceptación de la actora, luego de analizar el convenido, impide que ésta requiera su cambio en la instancia judicial, pues ello importa una contradicción con sus propios actos;

b) sólo es admisible la reformulación de la mecánica de ajuste cuando se comprueba la existencia de circunstancias sobrevinientes e imprevisibles al momento de la celebración del contrato que generan una significativa distorsión del resultado de la operación, de acuerdo a lo establecido en el decreto 2875/75;

c) según surge del informe del perito, el “índice telefónico” no tuvo notables diferencias con el de la construcción nivel general elaborado por el INDEC y su similar preparado por la Cámara Argentina de la Construcción;

d) el intento de aplicar retroactivamente un índice sobre los valores de los insumos efectivamente utilizados cuando el contrato se rescindió por mutuo acuerdo y sin formularse reserva alguna, no es admisible;

e) el índice propuesto por la actora no es válido para demostrar la distorsión del originalmente convenido, pues en aquel momento se tuvo en cuenta los insumos necesarios para la realización del 100% de los trabajos;

f) si hubo perjuicio porque no se cumplió la totalidad de las tareas sino una parte de ellas, la demandante debió haber evaluado esa circunstancia en el momento de la rescisión;

g) lo relativo al desconocimiento de la composición del “índice telefónico” es inadmissible pues pese a tal circunstancia, la contratista lo aceptó sin reservas.

B.— En cuanto a los mayores costos financieros por exposición del capital a la inflación:

a) la contratista previó en su propuesta la presunta inflación durante los sucesivos lapsos que mediaban entre la presentación de los respectivos certificados y su correspondiente pago, incrementando los precios cotizados en esa medida y sobre esa base lo adjudicó, por lo que la pretensión de obtener un nuevo cálculo de dichos costos, viola la igualdad de los oferentes;

b) el informe pericial no demuestra que haya existido una situación excepcional

313

que hubiese generado una imprevisible pérdida a la empresa que obligase a la Administración a resarcir;

c) el contratista asume un riesgo empresario y el Estado no puede ser garante de su mejor negocio o de un determinado nivel de renta;

d) el proceso inflacionario durante la ejecución del contrato no presentó oscilaciones de ribetes excepcionales;

e) no es aplicable al caso el decreto 1619/86;

f) no es posible actualizar el capital invertido que lleva implícita la utilidad de la contratista y otorgarle un *plus* como si se tratara de una actividad financiera, pues ello importaría reconocerle las ventajas por ambas actividades y sólo efectuó una: la obra.

5º) Que la actora plantea en su extenso recurso extraordinario agravios de naturaleza diferente: los primeros vinculados a la inteligencia que el a quo ha asignado a las normas en juego que, a su juicio, resulta equivocada y los segundos vinculados a la apreciación de circunstancias fácticas y valoración de los informes periciales que harían descalificable lo resuelto con arreglo a la doctrina de esta Corte sobre arbitrariedad.

6º) Que la apelación federal interpuesta es procedente toda vez que el tema debatido remite a la interpretación y aplicación de disposiciones de naturaleza federal (ley 12.910 y decretos 3772/64, 2875/75, 2348/76 y 1619/86) y la resolución del a quo es contraria a las pretensiones que el recurrente funda en esas normas (Fallos: 302: 1366 y sentencia del 13 de octubre de 1988, *in re*: L. 106. XXII “Lo Iácono, Osvaldo José y otro c/Consejo Nacional de Educación Técnica”).

7º) Que tal como ha sido planteado el debate en esta instancia la solución a adoptar depende del alcance que se asigne a las consecuencias jurídicas del contrato de obra pública firmado entre las partes y de la interpretación que se efectúe de las normas federales *supra* citadas.

8º) Que, en principio, cabe señalar que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales, tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del

derecho privado.

9º) Que si bien ello es así, dicha circunstancia no obsta a que se apliquen a los contratos administrativos las normas que rigen tal instituto en el Código Civil, pues estas últimas son respecto de aquéllos, principios generales de los que no cabe apartarse.

10) Que, en consecuencia, se impone concluir en que el contrato administrativo queda subsumido en la definición contenida en el art. 1137 del Código Civil y en que, por ende, se le aplican, en la medida que no sean incompatibles con sus características propias antes señaladas, las normas del Libro Segundo, Sección III, Título I, de dicho ordenamiento legal.

11) Que en virtud de esos principios este Tribunal ha sostenido que la oferta más la cláusula de reajuste son el precio del trabajo, que pactado de tal forma representa para las partes un derecho de carácter patrimonial amparado por el art. 17 de la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 137: 47; 145: 325; 184: 137), y que el contrato administrativo constituye una ley para las partes, por lo cual no es válido pretender su modificación sobre la base de los resultados más equitativos que se obtendrían aplicando una fórmula de reajuste diferente a la convenida (confr. sentencia del 9 de febrero de 1989, *in re*: M. 459.XX. “Marocco y Cía. S.A.C.I.F.I.C.A. c/Dirección Nacional de Vialidad s/ordinario”).

Asimismo esta Corte ha expresado que la ley de la licitación o ley del contrato está integrada por el pliego, donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, y con las notas de aclaración o reserva aceptadas por las partes al perfeccionarse el acuerdo. La falta de esa reserva obsta al intento del apelante de que se admita posteriormente su pretensión y se alteren por vía jurisdiccional los términos del contrato (confr. sentencia del 29 de diciembre de 1988, *in re*: R. 82. XXII. “Radeljak, Juan Carlos c/Administración General de Puertos s/ordinario”).

A ello corresponde añadir que el procedimiento que regla la manifestación de la voluntad contractual administrativa, es la adhesión del cocontratante a cláusulas prelijadas por el Estado. La fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante. En caso contrario, la oferta resultaría inadmisibles y cabría rechazarla, y la adjudicación que no respetara tales pautas estaría viciada de ilegitimidad (Fallos: 308: 618).

Por último, es menester recordar que es reiterada jurisprudencia de esta Corte que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de

acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos (confr. sentencia del 9 de junio de 1988), *in re*: J. 88 XXI. “Juan María de Vido e hijos S.C.A. c/Dirección Nacional de Vialidad s/nulidad de resolución” y sus citas). Por ser ello así, es dable exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conductas perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a sus actos anteriores— se ha suscitado en el otro contratante.

12) Que tales principios poseen singular importancia en la relación contractual administrativa, pues la intangibilidad del acuerdo sobre la base de la propuesta seleccionada, es la garantía insoslayable para que los oferentes no vean frustrado su derecho de participar en la licitación en igualdad de condiciones.

13) Que en autos no se discute que la actora sabía cuales eran las cláusulas de variabilidad de costos que regirían el contrato desde el momento de la licitación y que, al estudiarlas, con pleno conocimiento de la realidad económica imperante en el país, se sometió voluntariamente a aquéllas sin formular reserva o aclaración alguna.

14) Que debe desestimarse el agravio referente a la ignorancia sobre la composición del “índice telefónico”. Ello es así, pues el alegado desconocimiento de la metodología empleada por la comitente para la determinación de los índices de reajuste no es circunstancia suficiente para obtener un reconocimiento mayor que el originariamente convenido, pues tal aspecto pudo y debió subsanarse —si alguna duda tenía la contratista respecto del método empleado— mediante la oportuna consulta a la autoridad competente. Máxime, cuando según práctica administrativa uniforme (art. 17, ley 13.064), asistía a la actora el derecho de pedir las aclaraciones que estimase pertinentes. En tales condiciones, la falta de ejercicio de dicha facultad sólo resulta atribuible a su propia conducta, lo que conduce a determinar la improcedencia de su invocación para apoyar su reclamo.

15) Que corresponde analizar si el decreto 2875/75 —cuya aplicación en el *sub lite* no ha sido discutida— constituye una norma que obliga a la comitente a modificar la fórmula de reajuste de variación de costos en cualquier caso en que dicho sistema no refleje la realidad de los valores del mercado, o si para que sea procedente tal alteración, se requiere la existencia de hechos sobrevinientes e imprevisibles que reflejen una significativa distorsión de la ecuación económico financiera del contrato.

16) Que esta Corte ha establecido que la lesión sobreviniente, producto de un

hecho extraordinario e imprevisible, hace aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, considerada implícita en todo contrato—aún en los administrativos—por aplicación del art. 1198 del Código Civil, texto según ley 17.711; bien entendido que tal doctrina “exige un grave desequilibrio de las contraprestaciones sobrevenido por efecto de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios posteriores al contrato” (Fallos: 266: 61). Además, es preciso que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones. Por ello, la teoría de la imprevisión no puede aplicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron, ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado: *pacta sunt servanda* (Fallos: 301: 525).

17) Que, asimismo, debe tenerse presente que es regla en la interpretación de las leyes dar pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el orden jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional. Ese propósito no puede ser obviado por los magistrados con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, en cuanto servidores del derecho para la realización de la justicia, no deben prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma. La exégesis de la ley requiere pues de la máxima prudencia, cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor formal de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha inspirado su sanción. En esta tarea, no es siempre recomendable atenerse estrictamente a las palabras de la ley, ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante; por lo que es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar (Fallos: 307: 1018 y sus citas, entre muchos otros).

18) Que el decreto 2875/75, dictado en virtud de lo dispuesto por el artículo 6º de la ley 12.910, según se expresa en sus considerandos, tuvo su origen “en la situación económica internacional y su repercusión en el mercado interno, unido al mayor poder adquisitivo registrado en sectores mayoritarios de la población” que produjeron “desajustes en la relación antes existente entre los diversos elementos que hacen a la composición e integración de los costos, así como también en circunstanciales desabastecimientos de diversos materiales de construcción en plaza”.

Estas situaciones motivaron la necesidad de modificar los métodos de liquidación de variaciones de costos adoptados contractualmente, dejándose a salvo “que

tal procedimiento no afecta principios rectores en materia de licitación y contratación de obras, como son los que consagran la intangibilidad de los contratos y el respeto a la debida igualdad entre los oferentes, *ya que sólo tratan de evitar las consecuencias perniciosas de hechos sobrevinientes e imprevisibles*, imposibles de ser resueltos de acuerdo a lo pactado y frente a los cuales todos los proponentes se hubieran encontrado en idéntica situación.

Agrega el legislador que así se satisfacen “no sólo las disposiciones y finalidades de la ley 12.910, sino también las exigencias de una justicia conmutativa, de conformidad a lo prescripto por el artículo 1198 del Código Civil, mejorando equitativamente los efectos del contrato por haberse tornado excesivamente onerosa la prestación de una de las partes a raíz de circunstancias imprevistas”.

En consecuencia, el art. 1º del decreto 2875/75 dispuso: “Las comisiones liquidadoras instituidas por el art. 3º del decreto 3772/64, en caso de comprobar distorsiones significativas en los sistemas de liquidación de variaciones de costos incluidos en los contratos en ejecución, deberán resolver, en base a antecedentes y conclusiones debidamente fundadas, la adopción de una nueva mecánica que se adecue a las condiciones existentes en el momento de ejecución de los trabajos, reflejando equitativamente las verdaderas variaciones de costos producidas durante dicho período”.

19) Que de lo expuesto y sobre la base de los criterios de interpretación ya enunciados, cabe concluir en que para que sea viable la adopción de una nueva metodología como la contemplada en el art. 1º antes citado, se requiere que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que sean significativas, es decir que posean real importancia.

Ello es así pues de los considerandos transcritos se deduce que la conjunción de tales requisitos, coincidentes con los previstos en el art. 1198 del Código Civil, constituyen los presupuestos de hecho que hacen procedente la aplicación de la norma.

20) Que podrá objetarse que si —conforme se afirmó en el considerando 14— la cláusula *rebus sic stantibus* se encuentra implícita en todo contrato administrativo, la inteligencia efectuada carecería de sentido o constituiría la repetición de algo ya previsto.

Sin embargo ello no ocurre, pues en la medida que se advierte que el referido decreto fue emitido en una coyuntura económica inédita hasta entonces en el país, en momentos en que los efectos del comúnmente denominado “rodrigazo” se

hacían presentes con toda su intensidad sobre los contratos celebrados por el Estado, el interés general comprometido en ellos y la necesidad de evitar la paralización de las obras emprendidas, hicieron imprescindible el dictado de una norma que autorizara a la Administración a poder alterar los contratos celebrados sin recurrir a la instancia judicial.

21) Que en nada modifican lo expuesto las disposiciones contenidas en los arts. 1º y 4º del decreto 2348/76, pues ellas se limitaron a “establecer en general las causas que provocaron la inequidad de los reconocimientos de las variaciones de costos, a fin de que la nueva mecánica permita efectuar las correcciones necesarias para alcanzar la finalidad perseguida por el decreto citado precedentemente (el 2875/75) y dejar también sentadas las bases, con arreglo a las cuales deban efectuarse las correspondientes liquidaciones de los contratos vigentes en la parte pendiente de ejecución” (consid. 4º del decreto 2348/76).

Asimismo, en él se establecieron los elementos integrantes del precio que en lo sucesivo deberían considerarse en los sistemas de variaciones de costos adoptados y el procedimiento de liquidación de aquéllos (arts. 1º y 4º del citado decreto).

No existe pues en ese texto alguna norma que se contraponga a la interpretación efectuada precedentemente respecto de los límites de aplicación del decreto 2875/75, y ella es la que mejor armoniza con los principios *supra* enunciados que rigen en materia de contratos administrativos.

22) Que en virtud de lo ponderado no es procedente la pretensión de la actora de que se reformule el sistema de reajuste de variaciones de costos originariamente convenido en el contrato que motivó la presente contienda.

En efecto, la demandante no ha probado y ni siquiera alegado que la distorsión que afirma que se produjo haya sido consecuencia de hechos sobrevinientes o imprevisibles al momento de la celebración del contrato, con lo cual su intento de ampararse en el referido decreto a los fines de obtener un resultado económico favorable en este proceso, deviene inadmisibile.

A ello debe agregarse que tampoco ha demostrado la existencia de una distorsión significativa, ya que como surge del informe del perito contador (fs. 409 y 409 vta.) durante el período de licitación —febrero a junio de 1983— el “índice telefónico” mostró una evolución de 1,68 con un promedio mensual del 13,84%; el índice del costo de la construcción —nivel general— elaborado por el INDEC 1,69 y 14% respectivamente y el índice de la Cámara Argentina de la Construcción —nivel general— 1,78 y 15,50%.

Además, para el período de ejecución (septiembre 1983-junio 1984), el experto determinó para los índices antes citados un coeficiente de 4,57; 4,70 y 3,87, respectivamente y un promedio mensual de 18,40%, 18,70% y 16,20%, en ese orden.

Sobre la base de esos datos el perito llegó a la conclusión —tras analizar el desarrollo de los índices, coeficientes y promedios transcritos— de que no hubo diferencias significativas entre ellos.

23) Que así las cosas cabe aclarar que la diferencia que pretende la demandante la obtiene de comparar la evolución del índice originariamente convenido, con uno que promedia valores de los insumos efectivamente utilizados en los trabajos cumplidos.

Tal criterio no es válido en la medida que se advierte que la obra fue paralizada por la propia contratista cuando se llevaba efectuado un 48% del total de ella, y que el contrato fue rescindido posteriormente de común acuerdo por ambas partes.

En esas condiciones, no se demuestra la irrepresentatividad del “índice telefónico” calculado sobre el 100% de la obra, pues obviamente el empleo de ciertos materiales de mayor oscilación en sus valores al principio de los trabajos, autorizaría siempre a un cambio de las cláusulas de variación de costos contractualmente pactadas.

Por otra parte, si la contratista juzgó que no era conveniente a sus intereses patrimoniales continuar con los trabajos a su cargo y así lo manifestó sin formular reserva alguna, no es válido pretender que su cocontratante se haga cargo de los perjuicios que la propia conducta de la actora le ocasionó.

24) Que es necesario destacar que el reclamo de la demandante importa convertir al contrato de obra pública en un negocio sin riesgo empresario, lo cual obviamente constituye una contradicción en sí misma.

La recurrente admite, sin embargo, que dicho riesgo está limitado al que provenga de su culpa o negligencia, pero niega que la falta de previsión de lo previsible constituya alguna de esas dos hipótesis, con lo que destruye la validez de su propia premisa.

Por último, esta Corte comparte el criterio del a quo acerca de que no puede aceptarse que el Estado, a través del contrato, se convierta en garante de un

determinado nivel de renta del contratista que es en definitiva lo que se intenta en el *sub lite*.

25) Que en cuanto al mayor costo financiero pedido —como ya se dijo— la diferencia cuyo cobro se intenta por tal concepto resulta del perjuicio que, según la actora, le ocasiona el incremento del índice inflacionario durante el período de ejecución del contrato en relación con aquél manifestado en el lapso anterior a la licitación; esto es lo que el demandante denomina “compensación por exposición a la inflación”.

Tal solicitud se funda en que a juicio del contratista el mayor costo financiero previsto en los decretos 2348/76 y su complementario 1619/86 es el que se produce entre el momento de inversión según cada período de ejecución, de acuerdo al plan de trabajos y la fecha de pago pactada, pues el adelanto de la inversión efectuada por la contratista tiene un valor económico, que él incluye en su oferta y que es igual al costo del dinero en el mercado.

26) Que, en primer término, el decreto 1619/86 no es de aplicación al caso como expresamente lo reconoce la actora (fs. 421, penúltimo párrafo, y fs. 584, punto b, segundo y tercer párrafo) y aquella sólo pretende ampararse en los principios jurídicos contenidos en esa norma por estimar que ya estaban consagrados en los decretos 2875/75 especialmente, el 2348/76.

27) Que es del caso reiterar que la demandante aceptó expresamente la fórmula de reajuste y plazos de pago contenidos en las cláusulas respectivas integrantes del contrato, lo cual autoriza a suponer que, en la medida en que los pliegos se adecuaron a las exigencias de los decretos 2875/75 y 2348/76, aquella calculó sus precios incrementándolos sobre la base de la presunta inflación durante los sucesivos lapsos que median entre la presentación de los respectivos certificados y su correspondiente pago.

28) Que ello es así pues la contratista al formular su propuesta debe obrar con pleno conocimiento de las cosas (arg. art. 902 del Código Civil), puesto que la magnitud de toda obra pública y de los intereses en ellas en juego, imponen actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente en la ejecución de los trabajos, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exijan las circunstancias de persona, tiempo y lugar, (art. 512 del Código Civil; doctrina Fallos: 300:273) y si la oferente incurrió en error en su previsión inflacionaria, éste provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (arg. art. 929 del Código Civil; Fallos: 203: 323, considerando 10).

29) Que, por lo demás, en el *sub lite* no se ha acreditado que los índices

inflacionarios hayan sufrido una variación tal que, por su entidad, justifiquen el resarcimiento que se pretende.

En efecto, si se observa el cuadro confeccionado por la actora (fs. 41), se advierte que al momento de la oferta efectuada en marzo de 1983, se registraban índices del 16% y 13% para el bimestre enero-febrero de ese año. El intento de computar en el promedio del año anterior al acto licitatorio los índices de marzo, abril, mayo y junio de 1982, resulta inadmisibles toda vez que la política económica seguida en esos meses fue dejada de lado con el cambio de gobierno ocurrido y a partir de ese entonces, los índices se elevaron notablemente para luego fluctuar en forma constante entre el 10% y el 17% mensual.

Por otra parte, a la firma del contrato, la evolución de la inflación alcanzó el 21,4% mensual, lo que autorizaba a la contratista a formular reserva respecto de la actual pretensión o a solicitar la desagregación del costo financiero y su estudio particularizado en los términos del art. 4º del decreto 2348/76.

Si así no lo hizo, obviamente fue porque no existía motivo, ya que como se ha expresado en el lapso inmediatamente anterior a la licitación y a la firma del contrato, la evolución de los indicadores del costo de vida no tuvo diferencia apreciable con el verificado durante la época de la ejecución de los trabajos, meses en que dicho índice osciló entre el 21,4% y el 12,5% mensual.

30) Que, además, aún cuando se admitiera que hubo alguna diferencia entre el cálculo inflacionario efectuado y la efectiva evolución del índice de costo de vida comúnmente utilizado para medir la evolución de aquel fenómeno, ésta tampoco sería resarcible.

Debe tenerse en cuenta que como el contrato se celebró de acuerdo a lo previsto en el decreto 2348/76, el costo financiero fue incluido en el método de variaciones de costos y, por tanto, aquél fue percibido por la contratista con su respectivo reajuste. La intención de cobrar una nueva renta por el lapso que va desde que se invirtió el capital hasta que efectivamente se pagó el certificado, importaría tanto como reconocerle a la actora una doble utilidad: la calculada al ofertar y un rendimiento adicional por la inmovilización del capital.

Tal posición no es razonable pues si se optó por construir una obra y percibir las ganancias por ese trabajo, no puede luego requerirse el pago de una renta por hacer inversiones en la obra.

Por ello, se confirma la sentencia de fs. 554/564. Con costas a la vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).